

LAS OPERACIONES DE CONTROL SOCIETARIO ANTE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS: NOTAS A PROPÓSITO DEL CASO CAMUZZI INTERNATIONAL VS. REPÚBLICA ARGENTINA

Susana PÉREZ ESCALONA

PROFESORA CONTRATADA DOCTORA DE DERECHO MERCANTIL
UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

SUMARIO: I. Introducción: el Derecho Internacional de las inversiones. II. Características generales del sistema arbitral ciadi. III. Presupuestos para la iniciación de un procedimiento arbitral ante el ciadi. La jurisdicción objetiva. IV. Los problemas que plantea el inversor extranjero persona jurídica: regla general y excepción. V. Control societario en el sistema ciadi: observaciones a propósito del caso camuzzi internacional sa vs. República argentina.

RESUMEN: El presente trabajo analiza el arbitraje de inversiones desarrollado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), cuando el conflicto tiene lugar entre sociedades (personas jurídicas) de diferentes Estados parte del Tratado, así como los problemas que suscitan algunos de los laudos dictados al respecto.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje, Inversiones, Sociedades, CIADI.

KEYWORDS: Arbitration, Investmen, Company, CIADI.

I. Introducción: el derecho internacional de las inversiones

Aunque existe coincidencia en afirmar que los inversores están expuestos a mayores riesgos cuando desarrollan inversiones en territorio extranjero (politización de conflictos, dificultades para demandar al Estado receptor de la inversión, incremento en los costes de transacción de resolución de conflictos, etc) no existe en la actualidad un Tratado multilateral que regule homogéneamente el Derecho Internacional de las inversiones¹. El

¹ La doctrina destaca, entre otros, los siguientes riesgos: las eventuales asimetrías de poder frente a las autoridades locales, las dificultades para demandar al Estado receptor de la inversión cuando se vulneran sus derechos, el incremento de los costes de transacción inherentes a la gestión de estos eventuales conflictos, la falta de neutralidad e imparcialidad e las autoridades locales, los riesgos políticos emergentes, la inestabilidad jurídica, el declive de la competitividad y de los indicadores de desarrollo humano en el país receptor de la inversión. Así, por ejemplo ZAMBRANA TÉVAR; «Arbitraje y protección de inversiones», en COLLANTES GONZÁLEZ (Dir), *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, Vol. 4, Perú, 2007, capítulo 22, pp. 323y ss; KUNDMÜLLER CAMINITI/ RUBIO GUERRERO; «El arbitraje del CIADI y el Derecho internacional de las inversiones: un nuevo horizonte»; *Lima Arbitration*, 1(2006), pp. 69-112, especialmente pp. 69-75; FERNÁNDEZ

desacuerdo fundamental sobre la finalidad que debería cumplir un Tratado de esa naturaleza, ha dado pie a la proliferación (en la actualidad más de dos mil) de Tratados Bilaterales de Inversión (o Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones) para la definición y protección de los derechos de los inversores extranjeros². Se trata, en suma, de Tratados entre dos Estados que establecen un marco legal para la regulación de los flujos de inversión entre ambos. Este marco de regulación bilateral parte de la promoción y el reconocimiento recíproco de las inversiones realizadas por el inversor de una de las partes contratantes en el territorio de la otra parte, con sujeción a las disposiciones propias de Derecho interno de cada una de ellas o de un tercer Estado. Lo realmente importante de estos Tratados Bilaterales, a los efectos que nos ocupan de analizar el papel de las personas jurídicas en el arbitraje en materia de inversiones internacionales consiste, así, en la posibilidad que ofrecen al inversor (y no al Estado del que el inversor sea nacional) de reclamar ante determinados organismos y por determinados cauces su cumplimiento³.

En este contexto de multiplicación y expansión mundial de los Tratados Bilaterales de Inversión surge como mecanismo de garantía de su cumplimiento, auspiciado por el Banco Mundial, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI o El Centro), creado por el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio CIADI)⁴.

MASÍA; *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral del CIADI*; Valencia, 2004, especialmente pp. 15-23; FELDESTEIN DE CÁRDENAS; «Arbitraje e inversiones internacionales»; en AA.VV.; *El Derecho privado ante la internacionalidad, en la integración y la globalización*, Buenos Aires, 2005 [también disponible en www.caei.com.ar]

² Como es sabido, a finales de la década de los 90 fracasó la iniciativa de la Organización de Países para el Desarrollo Económico (OECD) de crear un Tratado Internacional de Inversiones (AMI, Acuerdo Multilateral de Inversiones), debido al desacuerdo sobre los objetivos que debería cumplir. V. al respecto, por ejemplo, KUNDMÜLLER/ RUBIO; *Ibidem*, p. 70, con ulteriores referencias; CLAROS ALEGRÍA, «El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)»; «Spain Arbitration Review (Revista del Club Español de Arbitraje)»; 1(2008), pp. 11-55, especialmente pp. 12 y 13 [También, en COLLANTES GONZÁLEZ (Dir); *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, pp. 408 y ss.].

³ Como destaca la Nota preparada por la Secretaría de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), [TD/B/COM. 2/73, de 5 de enero de 2007], sobre «Fijación de Normas sobre las inversiones internacionales : tendencias, cuestiones emergentes y consecuencias», «A falta de un tratado mundial de inversiones, la mayoría de las disciplina jurídicas internacionales sobre la relación entre los países receptores y los inversores internacionales se han desarrollado a escala bilateral (...) En la segunda mitad del siglo XX surgieron los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) como primeros acuerdos internacionales centrados exclusivamente en el trato de las inversiones extranjeras. Dada su estructura jurídicas parecida, así como el hecho de que el número de los TBI ha aumentado considerablemente, esos acuerdos figuran entre los pilares más importantes de la Legislación internacional sobre inversiones extranjeras»; pp. 2 y 3. V. sobre los TBI, por ejemplo, DÍEZ HOCHLEITNER; «La eficacia de los Tratados de Protección de Inversiones Extranjeras», disponible en www.realinstitutoelcano.org (Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos); CREMADES/CAIRNS; «La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los Tratados», disponible en www.realinstitutoelcano.org; ORTIZ; «Los Tratados Bilaterales de Inversiones y las demandas del CIADI: la experiencia argentina a comienzos del Siglo XXI»; *FDECL- Veröffentlichungen*, abril (2006), pp.2-40 [disponible en <http://www.fdcl-berlin.de>]; GRANATO; «Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión»; disponible en www.eumed.net.

⁴ BOE núm. 219, de 13 de septiembre de 1994. Entrada en vigor de forma general: 14 de octubre de 1996. Entrada en vigor para España: 17 de septiembre de 1994. V., sobre la historia de la Convención CIADI, por ejemplo, FERNÁNDEZ MASÍA; *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*; pp. 23-29; KUNDMÜLLER; «ICSID, Bella durmiente despabilada ante la atonadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera»; *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, junio (2006), [disponible en <http://www.servilex.com.pe>]; CLAROS; «El sistema arbitral del CIADI», pp.13 y 14; CHECA MARTÍNEZ; «Arbitraje entre Estados e inversores privados: entrada en vigor del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965»; *Revista Española de Derecho Internacional*, 1 (1995), pp. 322-325. En todo el mundo, un total de 155 estados han firmado el Convenio y 143 han pasado a ser Estados contratantes en virtud de la entrada en vigor del Convenio para cada uno de ellos. A finales de 2005, el Tribunal del CIADI había

El Centro, como dispone el párrafo 2º del Convenio CIADI tiene por objeto «facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio». El Centro pretende erigirse, así, en la Institución que posibilite que los conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados se diriman en un foro neutral donde ambas partes, inversor y Estado receptor de la inversión, se coloquen en pie de igualdad en los procedimientos, excluyéndose la posibilidad de intervención del Estado del que es nacional el inversor y limitando el arreglo voluntario de controversias mediante conciliación o arbitraje a las controversias de naturaleza jurídica que surjan en materia de inversiones⁵ [V. *infra* II].

No obstante, es importante tener en cuenta que ni el Convenio CIADI, ni el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio CIADI, ni las Nomas Procesales aplicables a los procedimientos CIADI de conciliación y arbitraje definen lo que haya de entenderse por inversión extranjera. El Convenio tan sólo alude a la noción de inversión extranjera en su art. 25.1º cuando afirma que la jurisdicción objetiva (*ratione materiae*) del Centro se extiende a «las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión». La ausencia de definición fue intencionada, entre otras razones, para no limitar la posibilidad de someter al Centro disputas sobre formas de inversión desconocidas hasta la fecha. Como afirma en este sentido el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, «No se ha intentado definir el término inversión teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción el Centro»⁶.

tratado 202 casos, de los cuales 103 de ellos estaban pendientes de resolución en diferentes etapas de su presentación, y habían concluido 99 casos, tanto por laudos arbitrales como por acuerdos extrajudiciales entre las partes involucradas. De los países de América Latina, el Estado receptor de la inversión que acumulaba un mayor número de demandas es Argentina (43), seguido de Venezuela y Ecuador (5), Chile y Perú (3) y Paraguay (1). En el caso de Argentina (Estado receptor de la inversión que, a día de hoy, acumula un mayor número de demandas de arbitraje CIADI contra él), no es posible determinar con precisión la cantidad exacta a la que ascienden las cantidades reclamadas, pero se estima en unos 13.000 millones de dólares. Especialmente significativo, a los efectos que nos ocupan, es el laudo dictado en el caso *Camuzzi International SA vs. República Argentina* (Caso CIADI www.worldbank.org/icsid/cases núm. ARB/03/2)[V. *infra* iv]

⁵ La capacidad de los inversores extranjeros de actuar de forma independiente respecto del Estado del que son nacionales y frente a otro Estado es una de las novedades más importantes que introdujo la Convención CIADI frente a los sistemas tradicionales de arbitraje internacional y de los medios tradicionales de solución de disputas del Derecho Internacional, señaladamente de la protección diplomática. V. al respecto, por ejemplo, CHUECA SANCHO; «Arbitraje entre Estados y particulares en el Derecho Internacional Público» en *El arbitraje Internacional*, Zaragoza, 1989, pp-71-72; GOMEZ PALACIO; «Responsabilidad internacional del Estado anfitrión frente al inversionista extranjero. Conducta atribuible al Estado. Casos recientes»; *El Foro*, pp. 1-23; KUNDMÜLLER/ RUBIO; «El arbitraje del CIADI y el Derecho internacional de las inversiones: un nuevo horizonte», p.76. Como señala CLAROS «El sistema arbitral del CIADI», «El CIADI ofrece una serie de peculiaridades que conforman una especial condición, caracterizada por tratarse de una institución permanente constituida bajo Derecho Internacional Público, que administra procedimientos de resolución de disputas en los que se otorga legitimación directa a inversores privados frente al estado. En este sentido, el CIADI emparenta con el Tribunal Permanente de Arbitraje, otra organización internacional con el carácter de institución arbitral, que se constituyó en 1935, a fin de administrar un arbitraje entre un inversor extranjero y un Estado» (p. 19). [V. *infra* II].

⁶ El texto del Informe de los Directores Ejecutivos puede consultarse en www.worldbank.org/icsid/basdoc/basicdoc.htm. V., al respecto, sobre la amplitud de la noción de inversión extranjera y las razones que motivaron la ausencia de definición en el Tratado, FELDSTEIN DE CÁRDENAS; «Arbitraje e inversiones extranjeras»; pp. 3-5. Señala esta autora que algunos TBI consideran como inversión «todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversores de un Tercer Estado en el territorio del Estado Parte, de acuerdo con la legislación de éste. Incluirá en particular, aunque no exclusivamente: la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales, tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda, acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades, títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan valor económico, derechos de propiedad intelectual o inmaterial incluyendo en especial, derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos

Aunque, como veremos, la ausencia intencionada de definición apuesta por dar amplitud a lo que haya de entenderse por inversión extranjera – movimiento económico (*ceteris paribus* de la forma en que se realice) que un nacional de un Estado realiza en otro Estado con vocación de permanencia-, la cuestión de la determinación de la jurisdicción se ha revelado especialmente problemática en el ámbito de las personas jurídicas.

Cuando la reclamación proviene de una sociedad, la Convención admite, como *excepción* a la regla general de la diferente nacionalidad del reclamante respecto de la parte estatal, que las sociedades nacionales del Estado huésped de la inversión (sociedades locales), puedan reclamar frente al Estado del que sean nacionales siempre que tengan *control extranjero* y las partes hubiesen consentido que la sociedad sea tratada como si fuese nacional de otro Estado, a los fines del Convenio, por ese motivo (art. 25.2.b). En concreto, veremos que el CIADI ha admitido su jurisdicción en supuestos que constituyen disputas sobre inversiones nacionales *controladas* por inversores extranjeros [*infra* III y IV].

II. Características generales del sistema arbitral *ciadi*

El sistema arbitral del CIADI se basa en el sometimiento voluntario específico de las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión por parte de los Estados y de los nacionales de otros Estados contratantes. De hecho, la voluntariedad del sistema pretende garantizarse mediante la exigencia del consentimiento escrito (art. 25.1 Convención CIADI), de forma que «la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado»⁷.

Por otra parte, el sistema arbitral CIADI se inspira en los principios de flexibilidad y eficacia. Así, en relación con la Flexibilidad es destacable como la propia Convención y las Reglas Procesales aplicables a los Procedimientos de Arbitraje otorgan un amplio margen a la autonomía privada de las partes para adecuar el desarrollo del procedimiento a sus necesidades.

El amplio espacio abierto a la autonomía privada alcanza, entre otras, a cuestiones como la elección del Derecho aplicable por los árbitros, la designación de los miembros del Tribunal arbitral e, incluso, al acuerdo de reglas procesales diferentes aplicables al caso concreto. La eficacia del sistema, por su parte, pretende garantizarse mediante la irrevocabilidad del consentimiento, consagrado en el art. 25.1º Convención CIADI al disponer que «el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado». Al margen, el consentimiento de las partes al procedimiento de

técnicos know-how y valor llave, concesiones económicas conferidas por la Ley o por contrato, incluyendo las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales». No obstante, los TBI afrontan la definición de inversión extranjera de modo muy diferente, lo que ha provocado que los Estados cuestionen la jurisdicción objetiva del CIADI en múltiples ocasiones (pp.4-5). Así también, por ejemplo, KUNDMÜLLER/ RUBIO; «*El arbitraje del CIADI y el Derecho internacional de las inversiones*», pp.92-94; FERNÁNDEZ MASIÁ; *Arbitraje en inversiones extranjeras: procedimiento arbitral en el CIADI*, pp. 60-64.

⁷ No obstante, el Convenio no exige ninguna fórmula solemne para otorgar el consentimiento ni, tan siquiera, que el consentimiento de ambas partes se haga constar en el mismo instrumento. Existen, no obstante, tres formas de entender prestado el consentimiento del Estado receptor de la inversión: en virtud de cláusula o pacto suscrito directamente por escrito entre el Estado receptor de la inversión e inversor extranjero; en virtud de una oferta establecida en una norma del Derecho interno del Estado receptor de la inversión; finalmente, en virtud de una oferta establecida en un acuerdo internacional suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del que es nacional el inversor extranjero. V. sobre las mismas, por ejemplo, CLAROS; «*El sistema arbitral del CIADI*», pp.23-28; FERNÁNDEZ MASIÁ; *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, pp. 122 y ss; KUNDMÜLLER/ RUBIO; «*El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las inversiones: un nuevo horizonte*», pp. 86-91.

arbitraje se considera como excluyente de cualquier otro mecanismo de solución de controversias (art. 26 Convención CIADI) y los Estados renuncian al mecanismo de la protección diplomática y a la promoción de reclamación internacional respecto de cualquier diferencia sometida a arbitraje conforme al Convenio (art. 27 Convención CIADI)⁸.

III. Presupuestos para la iniciación de un procedimiento arbitral ante el ciadi: la jurisdicción objetiva

Tomando por jurisdicción la capacidad para juzgar de un órgano determinado⁹, el art. 25 de la Convención CIADI establece limitaciones objetivas y subjetivas a la misma. La Jurisdicción objetiva se circunscribe a «las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión». Desde la perspectiva subjetiva, la diferencia debe suscitarse «entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público o de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante». Naturalmente, al cumplimiento de los requisitos de jurisdicción debe añadirse el requisito de competencia, esto es, la posibilidad del Centro de ejercer la jurisdicción en un caso concreto, lo que se difiere a la voluntad de las partes que, mediante su consentimiento concreto y por escrito, aceptan someter la diferencia al arbitraje del Centro¹⁰.

⁸ En este sentido, el Informe de los Directores Ejecutivos acerca de la Convención CIADI, especifica que «Se puede presumir que cuando un Estado y un inversionista acuerdan acudir al arbitraje y no se reservan el derecho a acudir a otras vías, o de exigir el agotamiento previo de otras vías, la intención de las partes es acudir al arbitraje con exclusión de cualquier otro procedimiento. Esta regla de interpretación está contenida en la primera fase del artículo 26 (...). Cuando un Estado receptor consiente en someter al Centro la diferencia con un inversionista, otorgando así al inversionista acceso directo a una jurisdicción de carácter internacional, dicho inversionista no debe quedar en posición de pedir a sus Estados que respalde su caso ni se debe permitir a éste que lo haga. En consecuencia, el artículo 27 prohíbe expresamente al Estado contratante dar protección diplomática o iniciar una reclamación internacional respecto a cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido someter, o hayan sometido, a arbitraje conforme al convenio, a menos que el Estado que es parte en la diferencia no haya acatado el laudo dictado en dicha diferencia» (pfo. 33). V. por todos, al respecto, FERNÁNDEZ MASIÀ; *Ibidem* pp. 151-173. No obstante, es importante tener en cuenta que una vez concluido el arbitraje, si el laudo dictado no es acatado o deja de cumplirse se restituye el derecho del inversionista para recurrir a la protección diplomática. V. KÜNDMULLER/RUBIO, «*El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte*», p. 91.

⁹ En este sentido, El Informe de los Directores Ejecutivos acerca de la Convención CIADI, aclara que «el término jurisdicción del Centro se usa en el convenio como una expresión adecuada para indicar los límites dentro de los cuales se aplicarán las disposiciones del convenio y se facilitarán los servicios del Centro para procedimientos de conciliación y arbitraje» (pfo. 22). Por lo tanto, el concepto jurisdicción en el CIADI no equivale a lo que se entiende por jurisdicción estatal (*ceteris paribus* de su amplitud), como función pública que expresa el poder soberano de un Estado para juzgar. En el ámbito CIADI, la noción de jurisdicción está vinculada directamente con la arbitrabilidad de la controversia que, a su vez, como vamos a ver seguidamente, se define a partir de la concurrencia de las exigencias previstas en la Convención CIADI y en las normas de Derecho Internacional de las Inversiones contenidas en un TBI o instrumento análogo. V. al respecto, por ejemplo, KUNDMÜLLER CAMINITI; «*El caso Siag: nacionalidad de las personas naturales y jurisdicción del CIADI*»; *Lima Arbitration*, 2 (2007), pp. 186-199, especialmente p. 188.

¹⁰ V. *supra* nota núm. 8. Téngase en cuenta respecto del consentimiento de las partes que el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio especifica que «El consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. Debe darse por escrito no puede ser revocado unilateralmente. El consentimiento debe existir en el momento en que se presenta la solicitud al Centro, pero el Convenio no especifica en forma alguna el momento en que debe darse el consentimiento. El consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que pueden surgir de ese contrato, o en compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido. El Convenio tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su Legislación sobre promoción de inversiones, que someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación o escrito de la oferta». En este punto radica

La jurisdicción objetiva del Centro exige, así, que se cumplan simultáneamente dos requisitos: que *la controversia sea de naturaleza jurídica y que derive directamente de una inversión*.

La admisión de la existencia de una diferencia o controversia no ha suscitado especiales problemas al CIADI en sus decisiones sobre excepciones a la jurisdicción. Como señala por ejemplo la Decisión de 25 de enero de 2000 (Asunto Emilio Agustín Maffezini c. España), «suele haber una secuencia natural de acontecimientos que conducen a una controversia. Comienza con la expresión de un desacuerdo y la afirmación de puntos de vista divergentes. Con el tiempo, estos acontecimientos adquieren un significado jurídico preciso mediante la formulación de reclamaciones jurídicas, su discusión y su rechazo eventual o la falta de respuesta de la otra parte. El conflicto de puntos de vista jurídicos y de intereses sólo estará presente en esta última etapa, aunque los hechos subyacentes tengan una fecha anterior»¹¹.

Mayores problemas plantea la acotación de la naturaleza jurídica de la controversia. Como afirma el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, «la expresión diferencia de naturaleza jurídica se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a qué de lugar la violación de una obligación de orden legal»¹².

A este respecto, debe tenerse en cuenta que en los trabajos preparatorios del Convenio se especificó que «diferencia de naturaleza legal significa cualquier disputa relativa a un derecho u obligación jurídica, o relativa a un hecho relevante para la determinación de un derecho u obligación jurídica», lo que, como sostiene la doctrina, evidencia que la precisión de la naturaleza jurídica de la diferencia pretende dejar fuera de la jurisdicción del Centro diferencias de carácter político, moral o meramente comercial que no impliquen conflictos de derechos u obligaciones jurídicas¹³. En el centro de la polémica se coloca la cuestión sobre si es posible someter al centro la controversia derivada de la pretensión de una parte de renegociar los términos contractuales, como consecuencia de un cambio en las circunstancias que rodean sus compromisos que provoca un desequilibrio en las posiciones de ambas partes y la otra se niega a la renegociación¹⁴.

No obstante, en comparación con las dificultades que ha planteado el requisito de la conexión directa con una inversión, la apreciación de la juridicidad de la controversia no

«la verdadera inteligencia del sistema CIADI» que ha dado pie para que la doctrina inglesa hable de arbitraje *whithout privity* (pacto arbitral sin conexión transaccional). V. al respecto, CLAROS; «El sistema arbitral del CIADI», pp. 22 y nota núm. 28. Como recuerda, además, FERNÁNDEZ MASIA; *Arbitraje en inversiones extranjeras*, «La posibilidad de que los Estados en sus legislaciones internas puedan ofertar su consentimiento a someter sus diferencias en materia de inversiones con los inversores privados extranjeros viene hoy plenamente aceptada en la práctica arbitral del Centro. Tal oferta de consentimiento, sin embargo, por sí sola no produce ningún efecto para el Estado receptor de la inversión hasta que la misma se acepte por parte del inversor, ya que el consentimiento ha de ser mutuo» (p. 131).

¹¹ Como señala FERNÁNDEZ MASIA; *Arbitraje en inversiones extranjeras* «tal exigencia de la existencia previa de una diferencia no ha planteado graves problemas a los tribunales arbitrales del CIADI. Se supone que existe una diferencia cuando tras un intercambio de opiniones entre las partes, aunque sea mínimo, va a surgir una confrontación entre las posiciones de ambas que no es meramente teórica sino que tiene una importancia práctica para los intereses de las partes en su relación y susceptible de ser establecida en términos de una concreta reclamación» (p. 56).

¹² Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo 26.

¹³ V. al respecto, por ejemplo, FERNÁNDEZ MASIA; *Arbitraje en inversiones extranjeras*, pp.57-58, nota núm. 8; CLAROS; «El sistema arbitral del CIAD», p. 31.

¹⁴ V. por todos, FERNÁNDEZ MASIA; *Ibidem*, p. 59 y nota núm. 14.

ha sido puesto tantas veces en cuestión. En relación con este último requisito, además de las dificultades expuestas para acotar la noción de inversión¹⁵, la conexión directa entre controversia e inversión se ha planteado en supuestos, habituales en la práctica, en los que la operación de inversión requiere además del propio acuerdo de inversión, contratos de financiación, arrendamientos o contratos de compraventa de bienes muebles o inmuebles, etc¹⁶. Para estos supuestos, la jurisprudencia generada por los laudos del CIADI ha acuñado la teoría de «unidad general de la operación de inversión, conforme a la cual no se estaría en consonancia con la realidad económica ni con la intención de las partes si se considerase de forma aislada cada uno de los actos (jurídicos que acompaña a la inversión) respecto de los otros». Por lo que el Tribunal, para analizar esta cuestión, identifica el acto base de la inversión que «engloba como medidas de ejecución a los otros actos que han sido concluidos con el fin de ponerla en práctica»¹⁷.

IV. Los problemas que plantea el inversor extranjero persona jurídica: regla general y excepción

Conforme al art. 25 de la Convención CIADI, frente al Estado (o subdivisión política) receptor de la inversión ha de colocarse un inversor extranjero, persona natural o jurídica, nacional de uno de los Estados contratantes distinto del Estado receptor. En este sentido, el párrafo 2º diferencia entre inversores personas naturales o jurídicas, estableciéndose unos requisitos distintos en relación con la posesión de la nacionalidad del «otro Estado contratante»¹⁸.

Centrándonos en las personas jurídicas, el art. 25.2. b) Convención CIADI contempla dos supuestos. Uno, la regla general. El otro, la excepción. Así, como regla general, la persona jurídica ha de tener, en el momento de otorgar el consentimiento a someter su diferencia al Centro, la nacionalidad de un Estado contratante distinto de del Estado parte en tal diferencia. No obstante, como excepción, pueden ser parte en un

¹⁵ V. *supra* nota núm. 6. En todo caso, conviene precisar que la noción de inversión no es infinitamente flexible. En el caso *Mihaly international vs. Sri Lanka*, el Tribunal arbitral del CIADI declaró su incompetencia para conocer del caso, porque los gastos en los que había incurrido para elaborar un proyecto de inversión en una planta de energía en el tiempo de negociación con el gobierno de Sri Lanka no constituían una inversión de conformidad con la Convención CIADI y el respectivo TBI entre Sri Lanka y EE.UU. V. al respecto, por ejemplo, para una recopilación de la doctrina generada por la casuística en materia de determinación de la jurisdicción CIADI *ratione materiae*, hasta la fecha, el caso *El Paso Energy International Company vs. Argentina*, en www.Worldbank.org.icsid/cases/ARBO315-DOJ-S.pdf (junio 2006).

¹⁶ En este sentido, por ejemplo, KUNDMÜLLER/ RUBIO; «El arbitraje del CIADI y el Derecho internacional de las inversiones señalan que «los tribunales arbitrales han determinado como criterios para evaluar si efectivamente se trata o no de una inversión, la concurrencia de diversos factores como los siguientes: un plazo de duración significativo, la generación de un retorno cuantificable a favor del inversionista, la presencia de elementos de riesgo para las partes, la determinación y compromiso del inversionistas de concretar la inversión y la relevancia para el desarrollo económico del Estado receptor» (p. 93).

¹⁷ V. al respecto, por todos, FERNÁNDEZ MASÍÀ; *Arbitraje en Inversiones extranjeras*, pp. 67-72.

¹⁸ Aunque la gran mayoría de supuestos que han sido tratados por el CIADI enfrentan a personas jurídicas con Estados, se prevé la posibilidad de que sea una persona física la que sea parte en la controversia. A estos efectos, la Convención entiende como «nacional de otro Estado contratante» a «toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado 3 del artículo 28 o en el apartado 3 del artículo 36, la nacionalidad de un Estado contratante, distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia». Asimismo, las Reglas Procésales Aplicables a la iniciación de los Procedimientos de Conciliación y arbitraje señalan que en la solicitud se indique: la nacionalidad de la persona física a la fecha de otorgamiento del consentimiento, la nacionalidad a la fecha de presentar al solicitud y que no tenía la nacionalidad del Estado contratante que es parte en la diferencia tanto en la fecha del otorgamiento como en la fecha de la presentación de la solicitud. V. al respecto, por todos, KUNDMÜLLER CAMINITI; «El caso Siag: nacionalidad de las personas naturales y jurisdicción del CIADI»; *Lima Arbitration* 2(2007), pp. 186-199, con ulteriores referencias.

procedimiento en el Centro las personas jurídicas nacionales del Estado parte en la diferencia, siempre que estén sometidas a control extranjero.

La regla general exige por tanto, que nos encontremos ante una entidad con personalidad jurídica que tenga «la nacionalidad de un Estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia». El Centro viene admitiendo generalizadamente como criterios para determinar la nacionalidad los criterios de la constitución y de la sede, que han sido pacíficamente admitidos por la doctrina en el ámbito del arbitraje CIADI para determinar la nacionalidad¹⁹. No obstante, aunque el criterio del *control societario* parece descartarse como regla general para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas, por ser utilizado como excepción, se abre paso entre la doctrina, a nuestro juicio con buen criterio, la tesis de que en los supuestos en que en el contrato de inversión que contenga la cláusula de sumisión CIADI se incluya un acuerdo sobre la nacionalidad de la persona jurídica en atención al control o titularidad del capital social, dicho criterio debe prevalecer sobre otros más formales, como el de la constitución o el de la sede²⁰.

A nuestro juicio, en la medida en que la atribución de nacionalidad a las personas jurídicas tan sólo busca establecer la determinación de la *lex societatis* aplicable (relevancia conflictual), la elección de la *lex societatis* por la que ha de regirse la correspondiente persona jurídica, como la elección del Derecho aplicable a cualquier contrato, es una decisión que debe corresponder a las partes (criterio de constitución). Sólo a falta de esa voluntad, entraran en juego criterios más formales (criterio de la sede real)²¹.

¹⁹ Estos han sido los criterios tradicionales en materia de protección diplomática para determinar la nacionalidad y, en general, en el ámbito del Derecho Internacional. V. al respecto, por ejemplo, FERNÁNDEZ MASIA; *Arbitraje en inversiones extranjeras*, p. 91, nota núm. 82; CLAROS; «El sistema arbitral del CIADI»; pp. 38-39, notas núm. 82 y 83. Dentro de la práctica arbitral del CIADI, puede consultarse sobre su asunción, por ejemplo, el asunto *autopista concesionaria de Venezuela, CA vs Venezuela* (Caso ARB/00/5, de 27 de septiembre de 2001 (en www.worldbank.org/icsid)).

²⁰ V. al respecto, Proyecto de Artículos sobre protección Diplomática, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 2006, en www.untreaty.un.org/ilc/texts/instruments. También, por todos, FERNÁNDEZ MASIA; *Arbitraje en inversiones extranjeras*, pp. 92-93.

²¹ En Derecho español, los arts. 5. 1º LSA y 6. 1º LSL establecen que «serán españolas (...) todas las sociedades (anónimas o limitadas) que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en el que se hubiesen constituido. Deberán tener su domicilio en España las sociedades (anónimas o limitadas) cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro de su territorio». Estos preceptos consagran literalmente, por tanto, el criterio del domicilio con independencia del lugar de constitución como determinante de la atribución de nacionalidad. y así lo entiende la doctrina mayoritaria. V. al respecto, por ejemplo, PRETEL; «Nacionalidad y domicilio de las sociedades mercantiles»; *AAMN*, 1991, XXX, I, pp. 179 y ss, afirma que «desde el punto de vista teórico sería posible sostener que la nacionalidad de la sociedad va a depender de la voluntad de los socios: ellos son los que crean una persona jurídica y a ellos les corresponderá en principio determinar su nacionalidad. Frente a esta afirmación hay que sostener que a los particulares puede reconocérseles la posibilidad de elegir los factores que de modo mediato determinarán la nacionalidad de la sociedad (fijación del domicilio, inscripción en un Registro concreto, etc), pero será el ordenamiento de cada país el que reconozca o no a la sociedad como suya, pues no puede imponerse una sociedad a un Estado, a pesar de que éste no la considere como propia» (p. 187); V. también, CHECA MARTINEZ; «La Ley 19/1989 de reforma parcial y adaptación de la Legislación mercantil en materia de sociedades: la nacionalidad de la sociedad anónima»; *REDI*, XLI(1989), 2, pp. 662-664; RODRIGUEZ ARTIGAS; en (URÍA/ MENÉNDEZ/ OLIVENCIA, Dirs), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. XIV, Vol. 1º A, pp. art. 6 LSL, pp. 155 y ss; OLIVENCIA; «Nacionalidad y domicilio de las sociedades anónimas»; *ASN*, 1.993, 7, pp. 502 y ss; SÁNCHEZ CALERO; «La nacionalidad de la sociedad anónima»; *RdS*, 1 (1.993), pp. 45 y ss, URÍA; *Derecho Mercantil*, 28ª ed (2003), pp. 178-179 (con apoyo en la RDGRN de 17 de abril de 1953); SÁNCHEZ CALERO; *Instituciones de Derecho Mercantil*, 25ª ed (2003), pp. 256 y 305. Ulteriores referencias también en RODRIGUEZ ARTIGAS; *Comentario*, pp. 158-159. No obstante, otro sector doctrinal entiende que estos preceptos no obstan la interpretación de la atribución de nacionalidad en virtud del criterio de la constitución, por ejemplo, PAZ-ARES; *Curso*, I, pp. 539-542, afirma que «es indudable que la interpretación de la legislación especial en función del modelo de sede real es positivamente elegante y formalmente correcta. Pero a pesar de ello, entendemos que debe ser revisada o rectificada tanto por razones externas (...) como por razones internas (necesidad de restablecer la congruencia entre el criterio de la constitución consagrado por la normativa general y el criterio de la legislación especial, pues no se acierta a comprender qué razones sustantivas pueden justificar el establecimiento en uno y otro caso de reglas de

Por lo que se refiere a la excepción, el art.25.2. b) de la Convención CIADI consagra que también tienen derecho a acceder a la jurisdicción del CIADI «las personas jurídicas que teniendo en la referida fecha (aquella en que prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro) la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero».

Con esta salvedad, el Convenio pretende que la jurisdicción se adecue a la *realidad económica*, de forma que aunque la sociedad sea nacional del Estado huésped de la inversión, si su capital social está controlado por un inversor extranjero, pueda acceder a la jurisdicción del Centro²².

La aplicación de la salvedad exige la concurrencia de dos requisitos: que las partes hayan acordado tratar al inversor como un nacional de otro Estado contratante y la existencia efectiva de *control extranjero* sobre la sociedad nacional del Estado huésped de la inversión²³.

conflicto diferentes» (p. 540). V. también, por ejemplo, BLANCO FERNANDEZ; «La nacionalidad de la sociedad en la Ley de sociedades anónimas»; *RDM*, 203-204 (1992), pp. 245 y ss, especialmente pp. 249-252. Muy especialmente, también, GARCIMARTÍN ALFERREZ; *Derecho de sociedades y conflicto de Leyes: una aproximación contractual*, Madrid, 2002. Del mismo autor, “Derecho de Sociedades: problemas de Ley aplicable»; disponible en www.uam/derecho/privado/mercanti, pp. 1-140, especialmente pp. 11- y ss. La STJCE de 9 de marzo de 1999 declaró la incompatibilidad del modelo de sede real con la libertad de establecimiento. Así, en su párrafo 27 se declara que “el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la Legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado». V. al respecto, del mismo autor, «La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CEE (algunas cuestiones del Derecho nacional iluminadas por la STJCE de 9 de marzo de 1.999)»; *RDM*, 1999, núm. 232, pp. 645 y ss. Como afirma este autor, «la decisión del TJCE deroga materialmente aquellas reglas del Derecho nacional que deniegan el reconocimiento a las sociedades extranjeras por el hecho de no haberse constituido conforme al Derecho del Estado donde tienen su sede real. En este sentido, el modelo de *Sitztheorie*, como modelo ideal inspirador de la solución legal, ya no es aplicable en Europa.» (pp. 680-681). Téngase en cuenta, asimismo, que en la opción de técnica legislativa entre el sistema de constitución o el sistema de sede real subyacen diferentes concepciones de la personalidad jurídica. Desde esta perspectiva, expone BLANCO; *Ibidem*, que la teoría de la sede real utiliza un punto de conexión de tipo fáctico que se orienta hacia la protección del tráfico. Sin embargo, afirma, «si la cuestión se analiza desde el plano dogmático (...) este punto de partida parece menos correcto que el utilizado en el sistema de la constitución, porque al determinar el estatuto personal no se trata, al menos no en primer lugar, de regular una actividad económica sino de determinar la Ley aplicable a la sociedad que lleva a cabo esa actividad, para lo cual lo indicado es partir del dato jurídico de la constitución y no del dato fáctico de la actividad empresarial en tanto que la personalidad de la sociedad es un expediente técnico jurídico y no una realidad de hecho. En el fondo, el sistema de la sede real utiliza indebidamente los conceptos de sociedad y de empresa y los hace interdependientes porque somete la existencia en Derecho de la primera a la localización de la segunda» (p. 250).

²² V. al respecto, por ejemplo, FERNÁNDEZ MASÍÀ; *Arbitraje en Inversiones extranjeras*, pp. 96 y ss; CLAROS; «El sistema arbitral del CIADI», p. 39; GARCIA BOIVAR; «El objeto y el propósito de la Convención CIADI a la luz del caso Tokios Tokelés contra Ucrania»; *IABA Law Review*, 2 (2008), pp. 1-10, especialmente pp. 3 y ss; KUNDMÜLLER/ RUBIO; «El arbitraje del CIADI y el Derecho internacional de las inversiones: un nuevo horizonte»; p. 83.

²³ La práctica arbitral del CIADI ha flexibilizado la exigencia del requisito de forma que, en la actualidad, se admite la posibilidad de un acuerdo implícito, incluso por la mera inclusión de la cláusula de sometimiento al CIADI en un acuerdo suscrito directamente con el inversor. V. sobre la evolución, CLAROS; «El sistema arbitral», p. 39, nota núm. 84 y FERNÁNDEZ MASÍÀ; *Arbitraje en inversiones extranjeras*, pp. 99-102. Señala al respecto, que “Esta postura de los Tribunales arbitrales del Centro ha sido criticada ya que la única exigencia que es necesaria para que exista tal acuerdo sobre la nacionalidad de la persona jurídica es el acuerdo de sometimiento a los procedimientos del Centro. De este último se infiere la existencia del primero, cuando en realidad la Convención establece la necesaria existencia de ambos acuerdos independientemente. Aun sin estar en desacuerdo con tales críticas es posible realizar una matización a las mismas que pueda de alguna manera apoyar lo sostenido por la práctica arbitral (...) En los distintos asuntos donde se ha llegado a tal conclusión, el acuerdo de consentimiento para someterse a los procedimientos del Centro había sido realizado por ambas partes en un único instrumento formal y por tanto donde había existido un contacto directo de las partes en su negociación, de tal manera que ambos contratantes conocían las características de su contraparte» (p. 101).

La delimitación del control extranjero se ha revelado especialmente polémica en dos supuestos: por un lado, cuando el control extranjero es ejercido por *nacionales de diferentes Estados* y, por otro, cuando *el control no es inmediato sino indirecto*. De ambas cuestiones se ocupó el CIADI en el caso *Camuzzi International SA vs. República de Argentina* (Caso CIADI núm. ARB/03/02) de 11 de mayo de 2005 a cuyo análisis, en comparación con laudos precedentes, vamos a dedicar las páginas que siguen.

Como veremos, su elección a afectos de comentario obedece al hecho de tratarse del primer supuesto CIADI en el que el tribunal entra a tomar postura sobre las modalidades de ejercicio del control societario y, en concreto, sobre la determinación del control ejercido por varios inversores extranjeros de diversas nacionalidades, mediante un pacto de accionistas.

V. Control societario en el sistema ciadi: observaciones a propósito del caso *Camuzzi International sa vs. República Argentina*

V.1 El contenido de la impugnación y las excepciones sobre jurisdicción

En el caso, la sociedad *Camuzzi Internattional SA* (en adelante *Camuzzi*) solicita el arbitraje del CIADI por diferencias con la República de Argentina relativas a medidas adoptadas por las autoridades argentinas que, según argumentan, han modificado el marco regulatorio general establecido para los inversores extranjeros afectando la inversión de *Camuzzi* en dos sociedades de nacionalidad argentina de distribución de gas natural. *Camuzzi* es propietaria del 56,91% del capital social de *Sodigas sur SA* y *Sodigas pampeana SA*. Estas sociedades tiene la nacionalidad argentina y poseen respectivamente, a su vez, el 90% y el 86,09% de las acciones de *Camuzzi Gas del Sur SA* y *Camuzzi Gas Pampeana SA*, cada una de las cuales, en calidad de licenciatarias, son empresas distribuidoras de gas natural que cuentan cada una con una licencia otorgada por la República Argentina para el suministro y distribución de gas natural en siete provincias de ese país. Paralelamente, la sociedad *Sempre Energy International*, propietaria del 43,09% de *Sodigas Sur* y *Sodigas Pampeana*, solicita arbitraje CIADI contra la República de Argentina por idénticos motivos. Las decisiones en el caso *Sempre* y *Camuzzi* quedan sometida al mismo Tribunal, sin perjuicio de la adopción de decisiones separadas. Respecto de la sumisión de la controversia en el caso *Camuzzi*, la República de Argentina formuló excepciones a la jurisdicción del CIADI considerando, entre otras cuestiones, que «no hay un nacional de otro Estado contratante que haya sido directamente perjudicado».

Invocando el caso *Vacuum SALT*²⁴, que interpretó y aplicó el art. 25.2.b) del Convenio CIADI en lo que significa control extranjero, Argentina argumenta que no hay un control exclusivo «que permita a lo menos bloquear cambios en la sociedad», en la medida en que se precepto se refiere a «nacionales extranjeros que tengan un interés predominante» en la sociedad local. Frente a esta alegación, *Camuzzi* sostiene que tanto ella como *Sempre* (la demandante en el arbitraje paralelo) tienen un control separado como conjunto en la sociedades receptoras y en la licenciatarias. . En el caso específico de *Camuzzi*, su propiedad del 56,91% de la dos sociedades *Sodigas* le permite ejercer un control efectivo tanto sobre estas como sobre las licenciatarias. Se añade, además, que el control conjunto de *Camuzzi* y *Sempre* sobre la sociedades locales argentinas se expresó primero en un pacto de accionistas entre *Sempre* y *Camuzzi* y luego en los estatutos de la sociedades *Sodigas* y las licenciatarias²⁵.

²⁴ Cfr., *Vacuum Salt Products c/ Republica de Ghana* (Caso CIADI núm. ARB/92/1). Laudo de 16 de febrero de 1994.

²⁵ V. especialmente párrafos 8 y 9 (p.4)

V.2 La interpretación ofrecida por el laudo

Con independencia de que, en el caso, el Tribunal entiende que los reclamantes no están impedidos de reclamar en virtud del art. 25.2, primera parte (regla general) por tratarse Camuzzi de un nacional de Luxemburgo que ha realizado una inversión mediante la adquisición de acciones en una sociedad de la República Argentina, entra a analizar, de todos modos, si a los efectos de la jurisdicción del CIADI cabe la posibilidad de un *control conjunto* de la sociedad por parte de nacionales de varios Estados (a) y, en segundo lugar, si ese control de la sociedad nacional del Estado huésped de la inversión puede ser *indirecto*(b).

a) En relación con el problema del *control conjunto*, el laudo afirma que:

«la pregunta pertinente es si acaso un inversor extranjero puede agregar a su propia cuota de participación en una sociedad una cuota adicional, perteneciente a otro inversionista extranjero, para alcanzar en conjunto el necesario control, de ser este exigido. Desde luego, cabe excluir que se sume la cuota del inversionista extranjero con la de uno local, pues en ese caso la suma, si bien podría traducirse en control, este no sería extranjero. No pareciera haber problema si se trata de varios inversionistas extranjeros de la misma nacionalidad, actuando bajo un mismo Tratado, que han realizado sus respectivas inversiones en la sociedad local y la organizan mediante un pacto de accionistas. El problema se suscita en el caso de inversionistas extranjeros de diferentes nacionalidades actuando, como en este caso, bajo tratados bien diferentes. La República argentina tiene razón en su argumento de que el consentimiento se expresa en cada tratado individualmente, con un alcance personal y normativo diferente de tal manera que la fusión de varias cuotas de participación puede resultar en situaciones que ese consentimiento no tuvo en vista ni puede considerarse que las comprende. En tal alternativa, el control no podría ejercerse conjuntamente para los fines del convenio y del Tratado y debería medirse en sus alcances individuales (...) Con todo, *si el contexto de la inversión inicial u otras adquisiciones posteriores se traduce en que diversos inversionistas extranjeros están operando conjuntamente, es posible que su participación sea concebida como un todo, aun cuando tengan diferentes nacionalidades y estén protegidos por diferentes Tratados. En tal caso, sería perfectamente viable que esas participaciones se sumen para los efectos del control o para constituir el todo beneficiario*»²⁶.

b) En relación con la determinación del grado de control, el Tribunal admite que este puede ser directo o indirecto (mediante la participación en la sociedades licenciatarias) al señalar que:

«en esta controversia hay tres elementos que confluyen en acreditar que esa participación conjunta ha sido efectivamente el caso. La participación de Camuzzi se inició en 1992, agregándose aquella de Sempra en 1996; *las sociedades mediante las cuales se canalizó la inversión incrementaron sucesivamente su tenencia accionaria en las licenciatarias, tanto por adquisiciones hechas a otros accionistas como al propio gobierno Argentino, que licitó paquetes accionarios, inclusive en el año 2000. El pacto de accionistas y los estatutos societarios (...) reflejan los entendimientos para la administración y dirección de las sociedades operativas*»²⁷.

V.3 Observaciones respecto de la noción de control extranjero

En relación con el problema del control conjunto ejercido por nacionales de varios Estados, el Tribunal admite por vez primera, con buen criterio, que dicho control pueda ser ejercido conjuntamente por inversores extranjeros de diferentes nacionalidades,

²⁶ V. párrafos 38 y 39, p. 12.

²⁷ V. párrafo 42, p. 13.

actuando bajo tratados diferentes, lo que constituye una novedad respecto de los supuestos en los que el CIADI había entrado a valorar el criterio del control extranjero de la sociedad nacional del Estado parte en la diferencia²⁸.

El límite a esa acumulación de cuotas de participación significativas para determinar el control se sitúa, por lo tanto, en el supuesto de que para obtener el control se sume la cuota del inversor extranjero con la de uno local y, en segundo lugar, en el hecho de que los Estados de los que sean nacionales los inversores tengan suscrito un Tratado de protección de inversiones con el Estado parte en la controversia, no siendo suficiente con que los Estados de los que sean nacionales los inversores sean parte en la Convención CIADI²⁹. Fuera de esos supuestos, el CIADI admite explícitamente que se puedan sumar las cuotas de participación en la sociedad para alcanzar el control.

Con ello, según nos parece, la práctica arbitral tiende *flexibilizar* la interpretación de la noción de control en la línea de lo sostenido para moderar la exigencia el requisito del acuerdo para tratar al inversor como un nacional de otro Estado contratante³⁰. El objetivo, obviamente, no es otro que evitar que las discrepancias sobre un considerable flujo inversor en forma adquisición de capitales de sociedades nacionales del Estado receptor de la inversión, puedan escapar de la jurisdicción del CIADI, lo que, entre otras cosas, posibilitaría a los Estados de los que son nacionales los inversores ejercitar la protección diplomática sin tener que cumplir con el régimen de reconocimiento y ejecución de laudos previsto en el Convenio.

Por lo que se refiere a la cuestión del grado de control, el laudo reitera la práctica arbitral consistente en valorar no sólo el control directo sino también el indirecto, valorando no sólo el porcentaje de titularidad del capital social, sino también los acuerdos sociales adoptados en el seno de la sociedad e, incluso, las propias cláusulas estatutarias³¹.

²⁸ V. al respecto, asunto *Vacum Salt* (cit. ut . supra nota núm. 26) y Asunto *Liberian Eastern Timber Corporation vs. Liberia* / caso núm. ARB/83/2), laudo parcial sobre jurisdicción de 24 e octubre de 1984.

²⁹ En este sentido, el párrafo 40 dispone que «el punto de vista de la parte demandante en cuanto a que la nacionalidad de los accionistas no es relevante en tanto sean nacionales de un Estado Parte Contratante en el Convenio no es convincente. Ello podría traducirse, por ejemplo, en que un accionista protegido por un Tratado sume su participación a la de otro accionista, nacional de un Estado Parte en el Convenio, pero que no tiene un Tratado Bilateral con el Estado huésped que lo proteja» (párrafo, 40, pp. 12-13).

³⁰ V. supra nota 23.

³¹ V. en este sentido, el Asunto *Liberian Eastern Timber Corporation v. Liberia* (Caso núm. ARB/83/2). Sobre el mismo en esta cuestión, por todos, FERNÁNDEZ MASÍA; *Arbitraje en Inversiones extranjeras*, pp. 105-107.